

PROCESSO - A. I. N° 279692.0002/17-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CLARO S/A.
RECORRIDOS - CLARO S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0025-03/18
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0360-12/18

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** SERVIÇOS PRESTADOS NO ÂMBITO DO PROGRAMA GOVERNO ELETRÔNICO DE SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO / "GESAC". O contribuinte comprova isenção de parte dos serviços prestados nos termos do Convênio ICMS 115/01. Ajustes realizados pelos Autuantes em diligência fiscal reduziram o valor originalmente lançado. Infração parcialmente procedente. **b)** SERVIÇOS PRESTADOS NÃO AMPARADOS EM BENEFÍCIO FISCAL DA ISENÇÃO. Está comprovada nos autos, a inexistência de prestação de serviços de comunicação a órgão da administração pública estadual direta e ou fundações e autarquias mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de Direito Público. Infração caracterizada. Negado pedido de redução da multa. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos pela autuada, em razão do Acórdão da 3ª JJF 0025-03/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 16/02/2017, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$2.277.796,47, além de multa percentual de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 02.08.38 - deixou de recolher o ICMS na prestação de serviços de comunicação por ter escriturado valores tributados como não tributados. O contribuinte prestou serviços de telecomunicações e não ofereceu a tributação do ICMS, lançando valores destes serviços na coluna "isentas" no Convênio 115/03, nos meses de janeiro a dezembro de 2015.

Infração 02 - 02.08.38 - deixou de recolher o ICMS na prestação de serviços de comunicação por ter escriturado valores tributados como não tributados. O contribuinte prestou serviços de telecomunicações e não ofereceu a tributação do ICMS, lançando valores destes serviços na coluna "outros" no Convênio 115/03, nos meses de janeiro a dezembro de 2015,

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela Procedência em Parte da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito:

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla 02 infrações, devidamente relatadas e acusa o autuado de descumprimento de obrigação principal do ICMS, relativas à prestação de serviços de comunicação tributáveis, tendo o autuado escriturado estas operações como não tributáveis.

Mesmo não sendo arguidas questões específicas de nulidade quanto ao Auto de Infração, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Percebo que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada conforme o valor previsto em lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo, dentro deste específico PAF.

No mérito, as infrações 01 e 02 acusam o sujeito passivo de falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por não ter escriturado nos livros fiscais próprios e não ter oferecido tais valores à tributação, no exercício de 2015, conforme Anexos A e B contidos nos arquivos em CD fl. 43, que foram recebidos pelo autuado, documento fl. 41. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte prestou serviços de telecomunicações e não ofereceu à tributação do ICMS, lançando valores destes serviços na coluna "isentas" no Convênio 115/03, nos meses de janeiro a dezembro de 2015, conforme Anexo A (Infração 01) e lançamento na coluna "Outros", conforme Anexo B (Infração 02).

Em sede defesa, o autuado refutou a autuação sustentando que as operações aqui discutidas estavam amparadas pela isenção do ICMS. Disse que a Autoridade Fiscal formalizou exigência sobre receitas auferidas em razão da prestação de serviços de telecomunicações a pessoas jurídicas detentoras de benefícios de isenção do ICMS. Para reforçar seu entendimento invocou a seu favor, o estabelecido no Convênio 141/2007. Afirmou que a quase totalidade do valor pretendido através do presente auto de infração, diz respeito à exigência de ICMS sob prestação de serviços de telecomunicação em favor do Ministério das Comunicações, bem como, do Ministério da Saúde, expressamente isentos nos termos da legislação tributária. Apresentou contrato firmado com o Ministério das Comunicações.

Compulsando os elementos que compõem o presente lançamento, verifico que a matéria ora analisada é regida pelo Convênio de ICMS 141/2007, que estabelece, in verbis:

Este Convênio autoriza os Estados e o Distrito Federal a conceder isenção de ICMS na prestação de serviço de comunicação no âmbito do Programa Governo Eletrônico de Serviço de Atendimento do Cidadão - GESAC.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 128ª reunião ordinária, realizada em Fortaleza, CE, no dia 14 de dezembro de 2007, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº. 24 de 1975 resolve celebrar o seguinte C O N V E N I O :

Cláusula Primeira: Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção do ICMS na prestação de serviço de comunicação referente ao acesso a internet e ao de conectividade em banda larga no âmbito do Programa Governo Eletrônico de Serviço de Atendimento do Cidadão - GESAC, instituído pelo Governo Federal.

Esta matéria foi introduzida na legislação tributária estadual através do dispositivo regulamentar, inciso XLIII, do art. 264 do RICMS/2012:

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

XLIII - a prestação de serviço de comunicação referente ao acesso a Internet e ao de conectividade em banda larga no âmbito do Programa Governo Eletrônico de Serviço de

Atendimento do Cidadão - GESAC, instituído pelo Governo Federal (Conv. ICMS 141/07);

O GESAC consiste em um programa coordenado pelo Ministério das Comunicações, por meio do Departamento de Infraestrutura para Inclusão Digital, que oferece conexão de internet via satélite e terrestre a telecentros, com o objetivo de promover a inclusão digital em todo território nacional.

Considerando que o Autuado trouxe novos documentos em fase de instrução processual, inclusive contrato firmado com o Ministério das Comunicações, em busca da verdade material, em discussão em pauta suplementar, os membros da 3ª JJF, decidiram converter em diligência o presente processo, a fim de que os Autuantes apreciassem as razões do contribuinte à luz da legislação citada - Convênio ICMS nº 141/07 e art.264, inciso XLIII do RICMS/2012, além do contrato firmado entre o Autuado e o Ministério das Comunicações.

Cumprida a diligência solicitada, os Autuantes disseram que intimaram o contribuinte para esclarecimentos e após sua resposta verificaram a base legal, seus argumentos e documentos acostados - contratos e notas fiscais. Afirmaram que após constatarem a procedência da base legal e dos documentos acostados, excluíram da cobrança da Infração 01 os serviços de telecomunicações prestados no âmbito do GESAC (Programa Governo Eletrônico de Serviço de Atendimento do Cidadão): BUSINESS IP SAT e REDE UNICA_DADOS MPLS tendo sido os clientes da prestação de tais serviços, o Ministério das Comunicações e o Ministério da Saúde.

O defensor voltou a insistir que o valor remanescente após a diligência realizada, também seria indevido considerando a imunidade consagrada na CF/88.

Da análise do demonstrativo ajustado pelos autuantes em fase de diligência, verifico que razão não assiste ao autuado. Estes valores são devidos e a prestação de serviços de comunicação não goza de imunidade constitucional, considerando que a imunidade encontra-se adstrita ao patrimônio e renda de órgãos da administração pública direta e suas fundações e autarquias mantidas pelo poder público e regidos por normas de Direito Público.

Assim, acolho os novos demonstrativos elaborados pelos Autuantes quando da diligência fiscal, considerando os

ajustes realizados com a exclusão dos documentos fiscais que consignavam operações no âmbito do GESAC e a infração 01 remanesce no valor de R\$12.923,80. Infração parcialmente subsistente.

Quanto a Infração 02, informaram que não ocorreu alteração de valores, tendo em vista não haver prestação de serviços de telecomunicações prestados no âmbito do GESAC.

Analizando os elementos que compõem esta infração, verifico que o entendimento do Autuado de que as operações listadas na infração 02, relativamente aos serviços de telecomunicação prestados a pessoas jurídicas detentoras do benefício da isenção do ICMS, não possui amparo legal. Sobre a matéria assim dispõe o inciso XLV, do art. 265 do RICMS/2012:

Art. 265. São isentas do ICMS:

XLV - as prestações de serviços de telecomunicações utilizados por órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de Direito Público, devendo o benefício ser transferido aos beneficiários, mediante a redução do valor da prestação, na quantia correspondente ao imposto dispensado (Conv. ICMS 107/95);

Da leitura do dispositivo acima transcrito, resta indubioso que o benefício fiscal aqui discutido foi concedido pelo legislador tão somente para órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias mantidas pelo poder público estadual.

Nesta seara, conforme se verifica no demonstrativo que serve de base para a infração 02, todas as Razões Sociais elencadas no Anexo B (fls.10/11) e relação completa no CD anexo a fl. 43, não se enquadram no disposto no inciso XLV, do art. 265 do RICMS/BA. Dessa forma, a infração 02 é integralmente subsistente.

O impugnante arguiu que a multa que lhe foi imposta, se revela confiscatória, irrazoável e desproporcional, violando princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Saliento que a arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na medida em que a multa aplicada é adequada posto que prevista em Lei.

Assim, entendo que a multa capitulada pelo agente fiscal se encontra em consonância com o que prevê a legislação aplicável.

Saliento que esta Junta de Julgamento Fiscal não pode apreciar pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que somente tem competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação acessória, consoante o art. 158 do RPAF/99.

O defensor requereu que as publicações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente, sob pena de nulidade, em nome de seus advogados, Marcos André Vinhas Catão, OAB/RJ nº 67.086; Ronaldo Redenschi, OAB/RJ Nº 94.238; Julio Salles Costa Janolio, OAB/RJ Nº 119.528; e Leonardo Vinicius Correia de Melo, OAB/RJ nº 137.721, de forma conjunta, todos com escritório na Rua do Mercado nº 11, 16º andar, Centro, na Cidade do Rio de Janeiro, no Estado do Rio de Janeiro. Saliento que, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim, à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo no endereço indicado.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Recalcitrante com o julgamento de primeira instância, a Recorrente apresenta o seu Recurso Voluntário, escorada nas razões a seguir discorridas, estribada no que dispõe o artigo 169, I, “b”, observado o prazo previsto no artigo 171, ambos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para contestar o exame e a decisão de piso.

Traz que o Recurso voluntário foi motivado, por a decisão nº 0025-03/18 (Doc. nº 02) que, reconhecendo como indevida aproximadamente 99,5% da autuação, na parte relativa aos serviços prestados no âmbito do Projeto “GESAC”, no valor de R\$2.263.904,11 (em patamares históricos), determinou a procedência do lançamento em relação aos demais serviços, os quais representam a quantia de R\$13.892,37.

Tece um breve histórico, e traz o que o Recurso Voluntário ora interposto pela Recorrente esta visando (i) o cancelamento do Auto de Infração nº 2796920002/17-0, tendo em vista a infundada alegação de que no período de janeiro a dezembro de 2015, teria deixado de recolher o ICMS sobre serviços de telecomunicação e lançado os valores destas operações na coluna “isentas” no

Convênio ICMS 115/03, e (ii) o reconhecimento da flagrante violação aos Princípios do Não Confisco, Razoabilidade e Proporcionalidade ao imputar multa punitiva em patamar exorbitante.

Aduz que, conforme já feito desde a apresentação de sua impugnação, a Recorrente demonstrou que (i) foi correto o lançamento dos valores na coluna “isentas” já que referentes a prestações de serviços efetuadas a pessoas isentas, como por exemplo, o Ministério da Saúde e Comunicação e (ii) que as multas aplicadas pelo D. Auditor Fiscal (moratória e punitivas), violam o Princípio do Não Confisco e o quanto disposto no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal.

Posteriormente, em complemento aos argumentos trazidos na exordial, a Recorrente protestou pela juntada do contrato firmado com o Ministério das Comunicações e de algumas NFST relativas aos serviços prestados, de modo a comprovar a correção no lançamento dos valores referentes às prestações de serviços objeto da presente autuação na coluna “isentas” eis que, de fato, tratam-se de operações isentas do imposto estadual em virtude da pessoa tomadora do serviço de telecomunicação.

Na sequência dos eventos, em diligência realizada, os D. Fiscais Autuantes reconheceram a improcedência de 99,5% da autuação, para excluir da exigência os valores relativos aos serviços de comunicação prestados no âmbito do Programa Governo Eletrônico de Serviço de Atendimento ao Cidadão – GESAC –, os quais somam o valor histórico de R\$2.263.904,11 (dois milhões, duzentos e sessenta e três mil, novecentos e quatro reais e onze centavos).

Informa que em consonância com a manifestação da fiscalização, os D. Julgadores de 1ª Instância decidiram por bem julgar parcialmente procedente o Auto de Infração em comento.

Não obstante o acerto da decisão ora recorrida na parte em que reconheceu a improcedência do lançamento, merece a mesma ser revisada quanto à parte remanescente, haja vista que o saldo mantido diz respeito a serviços de telecomunicações prestados a pessoas jurídicas isentas do ICMS, não restando dúvidas de que a Recorrente lançou corretamente os valores referentes aos serviços prestados a essas pessoas.

Traz a Insubsistência do Auto de Infração em relação ao saldo remanescente, informa que nota-se que houve um equívoco por parte dos I. Autuantes, tendo em vista que trata-se de prestação de serviços de telecomunicações a pessoas jurídicas isentas do ICMS - como pode ser verificado a partir dos comprovantes de inscrição estadual (Doc. nº 03) - , consoante planilha anexa elaborada pelos Fiscais em resposta à diligência (Doc. nº 04), copiada em parte a seguir:

ESTADO DA BAHIA		SECRETARIA DA FAZENDA		SAT / DAT METRO / IFEP Serviços		
Contribuinte: Claro S/A		IE: 67.402.257		CNPJ: 40.432.544/0081-21		
Demonstrativo do não recolhimento do ICMS, sobre a prestação de serviços de telecomunicações, escriturados na coluna Isentas , conforme registros constantes em seu Convênio 115 - Exercício 2015 Diligência do PAF 279692.0002-17-0						
CFOP	Código do Serviço	DESCRÍÇÃO_SERVIÇO	RAZAO_SOCIAL	UF	Valor Total	Desconto
G	H	I	J	K	L	M
5307	EBT-PARBus	DOI	CONSULADO GERAL AMERICANO NO RIO DE	BA	6,16	-
5307	EBT-PARBse	Sempre 21 Perfil Nacional	CONSULADO GERAL AMERICANO NO RIO DE	BA	10,34	-
5307	EBT-PARBse	Sempre 21 Perfil Nacional	CONSULADO GERAL AMERICANO NO RIO DE	BA	30,35	-
5307	EBT-PARBus	DOI	CONSULADO GERAL AMERICANO NO RIO DE	BA	33,04	-
5301	EBT-PFTCCD	SERV.0800 VIA EBTL	CIT INFORMATICA LTDA	BA	31,42	-
5307	EBT-PVIV11	Chamadas longas distâncias dentro do est	COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO E ACAO	BA	188,21	-
5307	EBT-PVIV11	Chamadas longa distância fora do estado	COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO E ACAO	BA	5,08	-
5307	EBT-PVIV11	Chamadas Recebidas a Cobrar - Exceto Loc	COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO E ACAO	BA	8,94	-
5307	EBT-PVIV11	Chamadas Originadas em Roaming	COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO E ACAO	BA	7,78	-
5302	EBT-PVIV11	Chamadas Recebidas a Cobrar - Exceto Loc	EMBASA EMPRESA BAIANA DE AGUAS E SA	BA	0,92	-
5307	EBT-PVIV11	Chamadas Originadas em Roaming	BAHIATURSA EMPRESA TURISMO BA	BA	9,63	-
5307	EBT-PVIV11	Chamadas Recebidas a Cobrar - Exceto Loc	COMPANHIA DO METRO DA BAHIA	BA	3,52	-
5307	EBT-PVIV11	Chamadas Originadas em Roaming	COMPANHIA DO METRO DA BAHIA	BA	2,05	-
5307	EBT-PVIV11	Chamadas longa distância fora do estado	COMPANHIA DO METRO DA BAHIA	BA	3,81	-
5307	EBT-PVIV11	Chamadas longa distância fora do estado	COMPANHIA DO METRO DA BAHIA	BA	213,12	-
5307	EBT-PVIV11	Chamadas Originadas em Roaming	COMPANHIA DO METRO DA BAHIA	BA	19,84	-
5307	EBT-PVIV11	Chamadas longas distâncias dentro do est	COMPANHIA DO METRO DA BAHIA	BA	3,18	-
5307	EBT-PVIV11	Chamadas longa distância fora do estado	COMPANHIA DO METRO DA BAHIA	BA	13,32	-
5307	EBT-PARBus	DDD	IGREJA INTERNACIONAL DA GRACA DE DE	BA	3,28	-
5307	EBT-PARBus	0300 VIA EMBRATEL	IGREJA INTERNACIONAL DA GRACA DE DE	BA	0,07	-
5307	EBT-PARBus	DDD a cobrar	IGREJA INTERNACIONAL DA GRACA DE DE	BA	1,41	-
5307	EBT-PARBus	DDD	IGREJA INTERNACIONAL DA GRACA DE DE	BA	2,03	-
5307	EBT-PARBus	DDD	IGREJA INTERNACIONAL DA GRACA DE DE	BA	78,25	-
5307	EBT-PARBfa	Fale Mais 21	IGREJA INTERNACIONAL DA GRACA DE DE	BA	4,37	-

Observa que, as pessoas jurídicas indicadas na planilha acima copiada também são isentas do

imposto estadual e, por isso, está correto o lançamento na coluna “isentas” dos valores relativos aos serviços de telecomunicação que lhes foram prestados.

Cita que a Constituição Federal veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre templos de qualquer culto, bem como autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nos termos do inciso VI, alínea ‘b’ e parágrafo segundo do artigo 150.

Traz que, resta, portanto, incontroverso que a Impugnante procedeu da correta forma no lançamento dos valores referentes às prestações de serviços a pessoas isentas, conforme dispõe a alínea ‘a’ do inciso IV, da Cláusula Quinta do Convênio ICMS 115/03, em pleno acordo com o que dispõe os artigos 37 e 39 da Lei nº 7.014/96, ante a evidente ausência de tributação pelo ICMS sobre referidas operações, devendo o Auto de Infração nº 2796920002/17-0 ser cancelado não apenas no que se refere aos serviços prestados no âmbito do GESAC, mas também relativamente aos serviços de telecomunicação prestados a pessoas jurídicas isentas do ICMS.

Informa ainda, sobre o valor exorbitante da multa aplicada, Violação ao Princípio do Não Confisco, assim, ressalta que o caráter notoriamente confiscatório da multa aplicada no presente caso, em patamar claramente exorbitante, implicando em enriquecimento ilícito do Estado.

Em frente, ao Princípio do Não Confisco, traz que, em matéria tributária, tem aplicação direta quanto à obrigação principal, na medida em que a própria Constituição Federal veda a utilização do tributo com efeito confiscatório.

Além disto, informa que parte expressiva da doutrina entende aplicável o Princípio do Não Confisco, neste ponto, imperioso enfatizar que a multa aplicada à Recorrente, no patamar de 60%, extrapola os limites da razoabilidade, tendo em vista que a conduta da Contribuinte não ensejou a aplicação de tamanha penalidade.

Informa ainda, que vale atentar-se para o fato de que o próprio STF, durante o recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 754.554/GO, por meio do voto do ministro Celso de Mello, adotou o entendimento no sentido de que mesmo uma multa de 25% pode ser declarada confiscatória.

Traz que, por estas razões, é de fácil conclusão que o malfadado lançamento não pode prosperar, tendo em vista que o mesmo se encontra eivado de diversos vícios os quais maculam a presente cobrança, devendo a mesma ser extinta.

Pelo exposto, a Recorrente requer seja conhecido e dado provimento integral ao recurso para:

Cancelar o Auto de Infração nº 279692.0002/17-0 não apenas no que se refere os serviços prestados nos âmbitos do GESAC, mas também em elação aos serviços de telecomunicações prestados a pessoas jurídicas detentoras do benefício da isenção do ICMS, tendo em vista que a Recorrente procedeu de maneira correta no lançamento dos valores referentes às prestações de serviços a pessoas isentas, conforme dispõe a alínea ‘a’ do inciso IV, da Cláusula Quinta do Convênio ICMS 115/03, em pleno acordo com o que dispõe os artigos 37 e 39 da Lei nº 7.014/96.

Sucessivamente, requer-se a redução da multa aplicada, a qual representa flagrante violação aos Princípios do Não Confisco, Razoabilidade e Proporcionalidade.

Consoante o disposto no artigos 77, inciso V e 272, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, requer a Recorrente sejam todas as notificações, intimações ou publicações atinentes ao feito realizadas, de forma conjunta e exclusiva, em nome dos seus advogados, todos com escritório na Praça XV de Novembro, nº 20, 12º andar, Centro, na Cidade do Rio de Janeiro, no Estado do Rio de Janeiro.

VOTO

Cuidam os Autos de Recurso Voluntário e Recurso de Ofício, contra decisão da 3ª JJF que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração em tela, que originalmente perfaz o montante de

R\$2.277.796,47, que após a decisão de piso subsistiu ainda um valor de R\$13.892,36, além de multa percentual de 60%, lavrado em face do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 - 02.08.38 - deixou de recolher o ICMS na prestação de serviços de comunicação por ter escriturado valores tributados como não tributados. O contribuinte prestou serviços de telecomunicações e não ofereceu a tributação do ICMS, lançando valores destes serviços na coluna "isentas" no Convênio 115/03, nos meses de janeiro a dezembro de 2015.

Infração 02 - 02.08.38 - deixou de recolher o ICMS na prestação de serviços de comunicação por ter escriturado valores tributados como não tributados. O contribuinte prestou serviços de telecomunicações e não ofereceu a tributação do ICMS, lançando valores destes serviços na coluna "outros" no Convênio 115/03, nos meses de janeiro a dezembro de 2015,

Analizando inicialmente as preliminares suscitadas na defesa e reiteradas no Recurso Voluntário, observo que elas já foram devidamente enfrentadas na Decisão recorrida.

Em relação à solicitação do Autuado no sentido de que as intimações sejam enviadas ao escritório do seu patrono, no endereço indicado na peça impugnatória, para fins de recebimento das intimações no presente feito, não há nenhum obstáculo quanto ao seu atendimento. Entretanto, não gera nulidade a sua inexecução, desde que respeitado o disposto no Art. 108 do RPAF/99.

Já em relação, ao pedido da redução da multa aplicada, foge à competência desta Câmara de Julgamento Fiscal, pois se trata de multa por descumprimento de obrigação principal, não se aplicando o disposto no Art. 158 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Inicialmente, analiso o Recurso de Ofício, interposto nos termos do art. 169, em face da desoneração determinada pela 3^a JJF, entendo que deve ser tal recurso provido. Percebo que a desoneração determinada pela Junta encontra sustentação nas provas produzidas pelo contribuinte e nos outros documentos juntados aos autos, bem como decorrerem das conclusões a que chegaram os autuantes após as devidas diligências realizadas neste PAF, após a diligência, onde excluíram os serviços de telecomunicações utilizados por órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de Direito Público, pois estes órgãos gozam de benefício que são transferido aos beneficiários, mediante a redução do valor da prestação, na quantia correspondente ao imposto dispensado conforme art. 265, XLV, do Decreto nº 13.780/2012 do Estado da Bahia.

Do exposto, não merece ser modificada a decisão de piso, pelo que NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

Passo a analisar o Recurso Voluntário, onde a Recorrente, pede anulação do crédito tributário, não apenas no que se referem os serviços prestados nos âmbitos do GESAC, mas também em relação aos serviços de telecomunicações prestados a pessoas jurídicas detentoras do benefício da isenção do ICMS, tendo em vista que a Recorrente procedeu de maneira correta no lançamento dos valores referentes às prestações de serviços a pessoas isentas, conforme dispõe a alínea 'a' do inciso IV, da Cláusula Quinta do Convênio ICMS 115/03, em pleno acordo com o que dispõe os artigos 37 e 39 da Lei nº 7.014/96;

Compulsando os autos, observo que a JJF já enfrentou de maneira clara e já desonerou a Recorrente ao acolher os novos demonstrativos elaborados pelos autuantes quando da diligência fiscal, remanescendo o valor de R\$12.923,80, valor a que se refere às operações que não estavam amparados pela isenção conforme art. 265, XLV, do Decreto nº 13.780/2012 do Estado da Bahia, *in verbis*.

Art. 265. São isentas do ICMS:

[...]

XLV - as prestações de serviços de telecomunicações utilizados por órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de Direito Público, devendo o benefício ser transferido aos beneficiários, mediante a redução do valor da prestação, na quantia correspondente ao imposto dispensado (Conv. ICMS 107/95);

Na Constituição Federal de 1988, o atual ICMS é um tributo de natureza fiscal e extrafiscal, concomitantemente, porque constitui importante fonte de receita aos Estados e ao Distrito Federal, ao mesmo tempo em que tem a função de propiciar a facilitação da circulação de mercadorias essenciais. É o que determina o artigo 155, §2º, inciso III, da Constituição Federal.

O ICMS trata-se de tributo indireto, nos tributos indiretos distingue-se o contribuinte de fato do contribuinte de direito. Este último é a pessoa de quem o Estado pode exigir o imposto. A norma de incidência tributária, uma vez concretizado no mundo real o fato correspondente ao fato gerador do tributo, como descrito hipoteticamente no antecedente da norma, estabelece uma relação jurídica, de caráter obrigacional, envolvendo o sujeito ativo (Estado) e o sujeito passivo (contribuinte ou responsável), que tem por objeto o pagamento do tributo. Já o contribuinte de fato é a pessoa que arcaria com o ônus do tributo, embutido no preço da mercadoria, do produto, do serviço etc. É o que se chama de “repercussão financeira” do tributo.

O ICMS também é um tributo não vinculado, ou seja, tem como hipótese de incidência um fato gerador decorrente da situação da vida do contribuinte, independente de específica atuação estatal, assim, a isenção, não aproveita a terceiros.

Contribuintes do ICMS são as empresas fornecedoras dos serviços de comunicação, e não a instituição que os adquire esse serviço. Ainda que, no caso dos tributos indiretos, o ônus econômico seja transferido para o consumidor final (contribuinte "de fato"), não se pode desconsiderar que o sujeito passivo da tributação são as concessionárias de serviço público, pois a isenção, não aproveita a terceiros.

Do exposto, verifico que o entendimento do Autuado de que as operações listadas, relativamente aos serviços de telecomunicação prestados a pessoas jurídicas detentoras do benefício da isenção do ICMS, não possui amparo legal, pois o consumidor final, contribuinte de fato, não integra a relação jurídico tributária, não é titular, assim não goza de tal isenção.

Assim, diante do exposto, e à luz da legislação aplicável, entendo que nada há de ser modificado pelo julgamento efetuado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, dessa forma voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e de Ofício apresentado e manter a decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 279692.0002/17-0, lavrado contra CLARO S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$13.892,36, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS